

## Algunas bases constitucionales de la decadencia argentina

Roberto Gargarella<sup>1</sup>

En este trabajo, quisiera focalizar mi atención en el sistema constitucional argentino, para señalar que *allí también* pueden encontrarse algunas de las razones de la decadencia nacional. La idea es que la Constitución argentina tiene un diseño en parte defectuoso o erróneo y que ella es, por tanto, y al menos en parte, causa de nuestros problemas. Lo dicho no significa afirmar que la Constitución sea la principal o fundamental causa de tales dificultades ni, por tanto, primordial recurso para la eventual solución a las mismas. Subrayaría, en cambio, que solemos descuidar el peso que pueden tener tales fallas en el diseño constitucional, en la generación de (malos) incentivos futuros, y que conviene prestar atención sobre tal fuente de problemas. Me concentraré, en lo que sigue, en el examen de esas fallas de diseño inicial, sobre todo - pero no únicamente- tal como ellas quedaron expresadas en la forma en que se modeló la organización del poder.

Una “acumulación” fallida

De los muchos problemas de diseño que encontramos en el constitucionalismo argentino, desde sus orígenes -me estoy refiriendo al diseño original de la Constitución de 1853- mencionaré uno que se ha agravado seriamente en las últimas décadas, y que no es ajeno a una mayoría de países latinoamericanos. Me refiero al “desequilibrio” de poderes constitucionales, organizado desde un comienzo, en nombre de la construcción de un sistema de *checks and balances* “a la criolla.” Como adelanto, señalaré que ese sistema (según diré) de “frenos y equilibrios” pero “parcialmente desequilibrado” a favor del Poder Ejecutivo, fue el resultado -en nuestro país, como en otros- de un comprensible pero forzado -imperfecto diré- pacto entre fuerzas opuestas: liberales y conservadores.

*Acumulación.* En la Argentina, en efecto, los liberales se acercaron al pacto constitucional de 1853 teniendo en mente el modelo norteamericano de los *checks and balances*. Se trata de la conocida idea de José Gorostiaga, según la cual “nuestra Constitución ha sido vaciada en el molde de la de Estados Unidos”. Los conservadores, mientras tanto, tendieron a mirar este tipo de iniciativas con sospecha, y exigieron el establecimiento de serios cambios, al respecto: la nueva Constitución no debía ser un reflejo de esa mirada liberal sobre el constitucionalismo. En tal sentido, los conservadores propusieron acentuar (en relación con el modelo ideal norteamericano) los poderes presidenciales, terminando por constituir un producto, finalmente, muy

1

distinto del modelo original: un sistema de frenos y balances, sí, pero “desbalanceado” hacia el Ejecutivo. Con lo cual, desde un inicio, se estableció con una mano un modelo de organización constitucional, al que se hería de muerte con la otra. Ello así, como resultado de un “pacto” fundacional, en donde liberales y conservadores combinaron o transformaron (sorprendentemente, agregaría) muy poco sus pretensiones iniciales: cada uno terminó incluyendo en la Constitución lo que pretendía de ella (en este caso, los liberales un sistema de equilibrio entre poderes; y los conservadores un modelo presidencialista fuerte). “Acumularon” sus pretensiones, en lugar de acomodarlas o modificarlas a partir de una negociación atenta a las demandas del otro. Adviértase, desde ya, que esta estrategia de diseño constitucional -la “acumulación”- terminó marcando el tono de toda la Constitución Argentina. Adelanto el otro gran tema en donde esto se advierte: el tratamiento de la cuestión religiosa. Allí, otra vez, nuestra Constitución vuelve a reflejar, al mismo tiempo (superponiendo, unas sobre las otras), las actitudes, en principio, tolerantes (“abiertas al mundo”) de los liberales, y las exigencias conservadoras en defensa de una religión de Estado (la Nación Argentina “sostiene” el culto católico apostólico romano).

Esta sola idea -la de la “acumulación” de pretensiones encontradas (o el “pacto imperfecto”) entre liberales y conservadores, a la hora de moldear conjuntamente una Constitución- resulta, en mi opinión, de interés histórico, y nos presenta algunas preguntas que importa responder, que son de difícil respuesta, y que aquí dejaré apenas planteadas: Por qué es que se optó por un modelo de creación constitucional basado en la mera “acumulación” o “superposición” de demandas en tensión entre sí, cuando pudo hacerse -y cuando solía hacerse, conforme a la experiencia comparada- otra cosa?

*Imposición.* Tal vez, los constituyentes locales entendieron que de ese modo -es decir, permitiendo que cada uno de los grupos enfrentados pudiera incluir en la Constitución “lo suyo”, lo que más quería, resultaba una forma de mostrar “apertura” hacia el grupo con el cual se negociaba. Así, por ejemplo, se dejaba atrás la práctica más habitual -violenta o intolerante- propia de la vida constitucional latinoamericana, en los albores del siglo XIX. Me refiero a la práctica que podemos llamar de la mera *imposición* de las pretensiones del grupo más fuerte o dominante. En efecto, resultó demasiado común, en los años iniciales del constitucionalismo regional, la redacción de Constituciones que expresaban, pura y exclusivamente, la “voz” y demandas de un solo grupo o facción. Por ejemplo, todas las Constituciones conservadoras adoptadas en América Latina, entre 1810 y 1850, establecieron, con más o menos fuerza según el caso, el credo único (católico): la religión de Estado. En algunas ocasiones, esa defensa de una religión oficial vino acompañada con la prohibición y persecución de los que practicaran otra; en otros casos, el privilegio de la “religión de Estado” implicó el financiamiento económico exclusivo

de dicho culto; en otros casos se impidió el culto público de “todos los otros”. La Constitución de Chile de 1833, por ejemplo, sostuvo en su artículo 5: “La Religión de la República de Chile es la Católica Apostólica Romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra.”

*Silencio.* A la vez, la decisión de liberales y conservadores de “acumular” sus pretensiones constitucionales encontradas implicó dejar de lado otra alternativa de diseño constitucional que resultaría importante en la región: la de “no decidir” o “hacer silencio” (en este caso, dejar abierta para la negociación futura) frente las cuestiones más controversiales o disruptivas. Esta segunda respuesta, la del silencio, tendió a aparecer cuando las partes no encontraron la manera o “fórmula” de resolver sus desacuerdos. En estas situaciones, los participantes del acuerdo dejaban la cuestión central que los dividía, como cuestión “irresuelta”. Un ejemplo bien interesante de este tipo de respuestas es el que aparece en los debates constitucionales mexicanos de 1857. Durante esta Convención, una de las disputas de mayor duración e intensidad se refirió al lugar que debía ocupar la religión y la tolerancia religiosa en el nuevo ordenamiento. De cara a esta compleja discusión, los delegados optaron por la indecisión: el silencio. De este modo, los liberales lograron impedir el establecimiento de la intolerancia religiosa, que entendían como la opción que se abría, al momento, como la más potente. Como sostuviera, contemporáneamente, el constitucionalista Cass Sunstein, en ocasiones lo más sensato y racional, frente a las diferencias es, simplemente, la de “dejar la cuestión irresuelta” (*leaving things undecided*, Sunstein 1996). De manera similar, la constitucionalista israelí Hanna Lerner considera que, en sociedades muy divididas, como la suya, el “no decidir” sobre ciertos temas controvertidos puede y merece ser la opción favorecida como la más sensata (Lerner 2013).

*Síntesis.* Lo que más llama mi atención, sin embargo, es que de este modo – “acumulando”, meramente, sus pretensiones encontradas- liberales y conservadores también dejaron de lado otra alternativa de diseño constitucional, que se había mostrado enormemente exitosa en las décadas anteriores. Me refiero a la estrategia de buscar puntos comunes o de “síntesis” entre las propuestas enfrentadas. Se trata de una estrategia que resultara favorecida en los Estados Unidos, en tiempos (también) de división y enfrentamientos sociales, y que apareció desde entonces como una opción muy exitosa.

En efecto, en los Estados Unidos, la Convención Federal de 1787 hizo frente al gran tema divisivo del momento, la cuestión religiosa, a través de una respuesta de “síntesis” que implicó buscar un punto compartido -un “mínimo denominador común”- entre las propuestas enfrentadas entre sí. El gran ejemplo que ofrece la Constitución de los Estados Unidos al respecto es, como se sabe, la *Primera Enmienda* de la Constitución, a través de la cual las distintas sectas religiosas enfrentadas acordaron no imponerle a la

secta contraria sus propias creencias (no “establecer” una religión de estado), en caso de llegar al poder. El gran filósofo político del siglo XX, John Rawls, toma este mismo ejemplo como ilustración decisiva de su propia filosofía: una muestra cabal del valor, importancia y factibilidad de lo que él denominara un “consenso superpuesto” (*overlapping consensus*, Rawls 1991).<sup>1</sup>

Una pregunta importante, por lo tanto, y que aquí sólo dejo enunciada, es por qué los constituyentes argentinos, que conocían posibilidades (de “síntesis”) como la explorada en el contexto norteamericano -una opción reconocidamente exitosa- optaron en cambio por una alternativa tan controvertida como la adoptada (la “acumulación”), que se mostraba frágil y además prometía inestabilidad en el corto plazo.

La opción argentina: Un equilibrio inestable

*Declaración de derechos.* Tal como anticipara, la opción de diseño constitucional que se prefirió en la Argentina (como en una mayoría de países latinoamericanos) implicó “acumular” o “superponer” las pretensiones encontradas (pretensiones en tensión entre sí, muchas veces contradictorias) de grupos enfrentados (en nuestro caso, liberales y conservadores; unitarios y federales). Aunque aquí me interesa subrayar, de modo muy especial, las implicaciones e impacto de dicha opción, en materia de organización del poder, señalaría también, y de antemano, lo que tal elección significó e implicó en relación con la otra gran parte de la Constitución (de cualquier Constitución): la declaración de derechos.

En efecto, nuestra Constitución, todavía hoy, muestra la marca indeleble de aquella preferencia por la mera “acumulación” de pretensiones encontradas, en varios de los artículos más importantes que incluye en la sección de “derechos y garantías”. Así, la Constitución argentina (todavía hoy, luego de la reforma de 1994) incluye en su artículo 2, lo que fue una pretensión esencial de los conservadores, estableciendo que “El Gobierno federal sostiene el culto Católico Apostólico Romano”. Sin embargo, y al

---

<sup>1</sup> Proyecto financiado por la Unión Europea (ERC, Proyecto 101096176 — ICDD). Los puntos de vista y opiniones expresados son únicamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o el Consejo Europeo de Investigación. Ni la Unión Europea ni la autoridad otorgante pueden ser considerados responsables de ellos.

De acuerdo con este enfoque, distintos grupos hacen un esfuerzo para alcanzar una solución común, a la que arriban desde lugares muy distintos, pero de un modo consistente con los principios de sus respectivas posturas: buscan puntos que les sean comunes; un mínimo común denominador entre sus diferentes pretensiones (como diría Rawls, éste es un acuerdo moralmente atractivo, más que un mero *modus vivendi*). Para alcanzar un acuerdo sintético, cada parte, previsiblemente, va a dejar de lado o en suspenso determinados aspectos relevantes de sus propias propuestas.

mismo tiempo, ella sigue incluyendo lo que fue en su momento una exigencia crucial de los liberales: la incorporación, en el artículo 14, de la idea conforme a la cual “todos los habitantes de la Confederación” gozan del derecho “de profesar libremente su culto”. Es decir: una afirmación (la de la religión sostenida por el Estado) y otra (la de la tolerancia) que (parcialmente) la niega, en el mismo texto.

Encontramos la misma tendencia “acumulativa,” aunque expresada de una manera todavía más preocupante, en uno de los artículos más interesantes de la Constitución argentina de 1853 -el artículo 19- el cual se refiere a temas de moralidad privada. En su formulación inicial, la cual apareció en los primeros documentos constitucionales y en el primer borrador del documento de 1853, la Argentina adhirió a una fórmula típicamente liberal al respecto. De acuerdo con ella, el Estado aseguraría la protección de la moralidad privada, “las acciones privadas de las personas”, en la medida en que dichas acciones no dañasen a terceros. La formulación inicial de este compromiso quedó plasmada en la primera línea del artículo 19, al que podríamos presentar como el *sueño de John Stuart Mill* (un artículo dedicado a consagrar su “principio del daño”). Sin embargo, el hecho fue que, durante los debates constitucionales, los representantes de los grupos conservadores –liderados por el convencional Ferré, de Corrientes– exigieron que dicha pretensión liberal fuera acompañada con otra de signo opuesto, distorsionando decisivamente el sentido del artículo soñado por John Stuart Mill, hasta convertirlo en algo cercano a lo que podríamos llamar la *“pesadilla de Mill*. Básicamente, los conservadores condicionaron el compromiso liberal de respeto a las “acciones privadas,” al hecho de que tales acciones “de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública”.

Menciono este ejemplo porque el mismo ilustra muy bien de qué forma, una opción original de diseño constitucional, puede repercutir (negativamente, agregaría), por las décadas posteriores, en la vida pública de “todos los habitantes del suelo argentino”. Ocurre que, frente a cláusulas como las señaladas, los conflictos de fondo no sólo no desaparecen. Sucede algo mucho peor, y es que la Constitución aparece avalando, para el futuro, y desde su mismo texto, *interpretaciones legales* contradictorias. Por ello mismo, en las múltiples oportunidades en que la justicia local (aún, sino especialmente) en sus instancias más altas, debió considerar el problema del desacuerdo constitucional, por caso, en materia religiosa, la justicia encontró dificultades para resolver, de buena fe, y conforme a derecho, el problema. Ello así, porque la Constitución incluyó entre sus cláusulas, al mismo tiempo, apoyo para que los jueces lleguen a una conclusión o a la contraria, y para que lo hagan, siempre, apoyados en el texto explícito del derecho: citando su letra expresa. A la hora de resolver casos sobre las cuestiones más urticantes, en materia de privacidad -consumo de estupefacientes; criminalización de la homosexualidad; aborto; matrimonio igualitario; etc.- los jueces, sistemáticamente, siguen oscilando entre respuestas liberales y conservadores. Lo grave es que, para ello, inevitablemente, siguen contando con el respaldo fundamental de la letra explícita de la

Constitución, que aparece comprometida con una solución y la contraria, al mismo tiempo.

*Organización del poder.* El problema señalado más arriba -la “acumulación” de pretensiones encontradas en el mismo texto constitucional- se advierte también, y de modo particularmente saliente, en materia de organización de poder. Y es en este punto donde quiero concentrarme. Ocurre que el mismo da cuenta de lo que podríamos denominar el “gran problema” argentino y latinoamericano, en lo que hace al diseño de la organización de las tres ramas de gobierno -un problema que, según entiendo, contribuye, todavía hoy, y de modo decisivo, a la fragilidad e inestabilidades institucionales.

En la Argentina, en efecto, y como en otros países de la región, el esquema liberal de los *checks and balances*, que el liberalismo local copiaba del modelo norteamericano, fue combinado (“acumulado” con el modelo del *presidencialismo autoritario*, proveniente del ejemplo constitucional chileno, que era reconocido en toda la región como el único ejemplo “exitoso” de estabilidad política en el siglo XIX.

El gran jurista argentino, Juan Bautista Alberdi, ya había manifestado sus preferencias al respecto en su influyente libro pre-constitucional, las *Bases*. Allí, Alberdi sostuvo que, en todo lo relativo a los poderes presidenciales, “nuestra Constitución hispano-argentina debe separarse del ejemplo de la Constitución federal de los Estados Unidos,” para emular en cambio al modelo chileno, que dotaba al “poder ejecutivo (de) los medios de hacerla respetar (a la Constitución) con la eficacia de que es capaz la dictadura misma.” Y agregó también, para no dejar dudas: “El tiempo ha demostrado que la solución de Chile es la única racional en repúblicas que poco antes fueron monarquías” (Alberdi 1981, cap. 25).

Teniendo en cuenta tales trágicos antecedentes, Alberdi escribió entonces, pensando en la nueva Constitución, y a la luz de la difícil historia que conocía: “En cuanto a su energía y vigor, el poder ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para que es instituido. De otro modo, habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y no existiendo gobierno no podrá existir la constitución, es decir, no podrá haber ni orden, ni libertad, ni Confederación Argentina.” Aquí es donde aparecía el modelo chileno como principal alternativa. En su opinión, “Chile ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano.” Subrayo lo dicho por Alberdi: lo que se necesitaba era “un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano”

La combinación propuesta por Alberdi, entonces, se basó en la convergencia entre el modelo de los “frenos y contrapesos” adoptado en los Estados Unidos, con el modelo autoritario propuesto en Chile, por Juan Egaña, primero (en la Constitución de 1823), y luego por su hijo Mariano (figura decisiva en los debates en torno a la Constitución de Chile de 1833). De allí que en la Argentina -como, sucesivamente, terminaría ocurriendo en toda América Latina- el Poder Ejecutivo recibiera “poderes adicionales” mucho más amplios de los que se le conceden en la propia Constitución presidencialista norteamericana.

Emulando al modelo chileno, la Constitución de la Argentina le concede al Presidente la facultad de declarar el *estado de sitio*, suspendiendo la vigencia de “las garantías constitucionales,” en aquella “provincia o territorio donde exista la perturbación del orden” (artículo 23); el poder de *intervención federal*, en pos del restablecimiento del orden, y en nombre de la forma republicana de gobierno (artículo 6); el de nombrar y remover, discrecionalmente, a sus Ministros (artículo 86); etc. Son estos poderes especiales concedidos al Presidente los que le permitieron a muchos autores (como en el caso de Nino) hablar de sistemas *híper*-presidencialistas.

A los ojos de hoy, al menos, parece claro que el sistema moldeado entonces, en materia de organización del poder, se encontraba “herido de muerte” desde un comienzo: Porque, cómo puede insertarse la propuesta del Ejecutivo fuerte, en el marco de un sistema que pretende organizarse en torno a un esquema “frenos y contrapesos? Según entiendo, se trata de una elección equivocada, que debió haber sido considerada tal, ya en el siglo xix.

Ocurre que la lógica propia del sistema de *checks and balances* exige de poderes de control mutuos relativamente equivalentes, de cada uno de los poderes, hacia los restantes. Se trata de lo que James Madison había argumentado con cuidado y precisión notables, en *Federalist Papers* n. 51. Tales poderes de control mutuo debían ser proporcionales entre sí. El “equilibrio” final del sistema -anunciaba y predecía Madison- iba a resultar no de la buena fe o el carácter “angelical” de los funcionarios públicos, sino de los poderes de amenaza en manos de cada rama de gobierno, que iban a poder activarse frente a cualquier intento de “usurpación” o injerencia indebida (*encroachment*) de una sección del gobierno sobre las demás. Contra dicho consejo, sin embargo, el modelo argentino, latinoamericano o alberdiano, estableció un sistema de equilibrios imperfecto, dado que los poderes de amenaza equivalentes, tomados del ejemplo norteamericano (poderes de veto en el Ejecutivo; poderes de juicio político en el Congreso; poder de invalidación de la ley en la Justicia; etc.), resultaron finalmente desequilibrados, en el mismo acto, a través de la concesión de poderes de amenaza “adicionales” al Ejecutivo (i.e., intervención federal; estado de sitio; etc.). Con una mano, entonces, se rompía lo que se decía establecer con la otra: en el mismo acto.

Corolario

Se agravaron estos problemas en estas últimas décadas? Entiendo que sí, al menos por dos razones. La primera es bastante obvia, y tiene que ver con la dinámica misma impuesta por esa “organización desbalanceada,” el correr de los años. En efecto, esperablemente, y con el paso del tiempo, ese desequilibrio inicial (hacia el Ejecutivo) se fue consolidando, a través de la paulatina construcción de un Poder Judicial políticamente dependiente del gobierno de turno, y un Congreso convertido en “escribanía” presidencial. La segunda razón tiene más que ver, en cambio, con el “recalentamiento del sistema” y la “sobrecarga de demandas democráticas” advertida por Samuel Huntington, en su momento, para los Estados Unidos (Huntington 1983). Básicamente, y para el caso latinoamericano: esos sistemas de poder concentrado en el “vértice”, diseñados originariamente, fueron encontrándose cada vez más tensionados “desde abajo”, desde comienzos del siglo XX, y a partir de la paulatina democratización de la sociedad (voto universal, educación masiva, etc.). En buena medida, estas tensiones (“también” de origen constitucional) ayudan a explicar la persistencia de los golpes de estado generados desde los años 30. En mi escrito, quisiera ahondar y extender estas reflexiones.

Según entiendo, en parte (decisiva) como resultado de aquel (errado, me animaría a decir) diseño institucional original, hoy nos encontramos, todavía, con un funcionamiento muy imperfecto de nuestro sistema constitucional. Por un lado, y como resultado de aquel diseño, nos encontramos con una Constitución que sigue avalando, desde su mismo texto, propuestas contradictorias. Ellas permiten que, todavía hoy, nuestros funcionarios públicos -y sobre todo los jueces, como principales intérpretes de la Constitución- sigan encontrando en el mismo texto constitucional, respaldo efectivo para derivar de esa misma Constitución, un “mandato” o el contrario (i.e., aval a la ley de salud reproductiva, y apoyo para rechazarla; respaldo para penalizar o liberalizar el consumo personal de estupefacientes; etc.).

Por otro lado, aquel sistema original, de “equilibrio desequilibrado”, ha contribuido sin dudas a la construcción histórica de un sistema de gobierno frágil, vulnerable frente a los embates de la rama de poder (que devino) más poderosa (el Ejecutivo), un Poder Judicial dependiente de la política, etc. Lo dicho no implica decir que nuestro sistema de gobierno carece de controles; o que necesariamente implica el dominio del Ejecutivo; ni que tales problemas son los únicos o más relevantes de los que enfrenta (entre tantos otros, elitismo; insensibilidad frente a las demandas de la ciudadanía; desaliento a la participación y el debate público; etc.). Lo que me interesó subrayar, en cambio, fue otra cosa: que debe considerarse la importancia de un diseño original (innecesariamente) imperfecto, a la hora de reflexionar sobre las causas de nuestros presentes males institucionales.



Funded by  
the European Union



Universitat  
Pompeu Fabra  
Barcelona

- Alberdi, J.B. (1852) (1981), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra: Buenos Aires.
- Hamilton, A.; Madison, J.; Jay, J. (1788) (1961), *The Federalist Papers*, London: Penguin Books.
- Huntington, S. (1983), *American Politics: The Promise of Disharmony*, Cambridge: Harvard University Press.
- Lerner, H. (2013), *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Rawls, J. (1991), *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- Sunstein, C. (1996), “The Supreme Court 1995 Term: Foreword: Living Things Undecided,”: 110 *Harvard Law Review* 6.